

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2015.00253

vom 20. September 2016

ZH Sozialversicherungsgericht, 2016-09-20, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2015.00253

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2015.00253 du 20 septembre 2016

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2015.00253 del 20 settembre 2016

Erwägungen

E. 1

X.____, geboren 1976, meldete sich am 22. Mai 2015 beim Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum zur Stellenvermittlung an und erhob Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ab dem gleichen Tag (Urk. 3/10, Urk. 7/1-2). Mit Verfügung vom 31. Juli 2015 (Urk. 7/48) verneinte die Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich einen Anspruch der Versicherten auf Arbeitslosenentschädigung wegen fehlender Vermittelbarkeit sowie mangels Nachweises eines tatsächlichen Lohnflusses für die Zeit vom 22. bis zum 31. Mai 2015 sowie ab 1. Juni 2015. Die von der Versicherten am 3. August 2015

(Urk. 7/49) dagegen erhobene Einsprache hiess die Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich mit Einspracheentscheid vom 8. Oktober 2015 (Urk. 7/72 = Urk. 2) teilweise gut.

E. 1.1

Der erstinstanzliche Sozialversicherungsprozess ist vom Untersuchungsgrundsatz beherrscht (Art. 61 lit. c ATSG). Danach hat das Gericht von Amtes wegen für die richtige und vollständige Abklärung des rechtserheblichen Sachverhaltes zu sorgen. Dieser Grundsatz gilt indes nicht uneingeschränkt; er findet sein Korrelat in den Mitwirkungspflichten der Parteien (BGE 125 V 193 E. 2, 122 V 157 E. 1a, vgl. BGE 130 I 180 E. 3.2), namentlich der Begründungspflicht. Zu beachten ist das Rügeprinzip, wonach die Beschwerdeinstanz nicht zu prüfen hat, ob sich die angefochtene Verfügung unter schlechthin allen in Frage kommenden den Aspekten als korrekt erweist, sondern im Prinzip nur die vorgebrachten Beanstandungen untersucht. Von den Verfahrensbeteiligten nicht aufgeworfene Rechtsfragen werden von der Beschwerdeinstanz nur geprüft, wenn hierzu auf Grund der Parteivorbringen oder anderer sich aus den Akten ergebender Anhaltspunkte hinreichender Anlass besteht (BGE 119 V 349 E. 1.a). Dies gilt im Wesentlichen auch für das Einspracheverfahren, sodass es im Sinne des Rügeprinzips in erster Linie Sache des Versicherten ist, den zu überprüfenden Gegenstand zu bestimmen (BGE 119 V 350 E. 1.b).

E. 1.2

mit Hinweisen). 6. 6.1

Unbestritten und aufgrund der Akten belegt ist, dass der Beschwerdeführerin eine arbeitgeberähnliche Stellung zukam, denn sie verfügte als Gesellschafterin über sämtliche 200 Stammanteile zu Fr. 100.--, war als Geschäftsführerin mit Einzelunterschrift der Y.____ GmbH seit 18. September 2012 im Handelsregister eingetragen und dort seit 1. August 2012 als Managing Director angestellt (Urk. 7/3, Urk. 7/19, Urk. 7/44-47). Die Beschwerdeführerin übertrug sämtliche Stammanteile am 27. Dezember 2014

beziehungsweise am 29. Dezember 2014 an Z.____, welcher am 30. Dezember 2014 die Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit der Beschwerdeführerin aussprach (Urk. 3/8 = Urk. 7/4, Urk. 7/16, Urk. 7/17 = Urk. 7/59). Spätestens mit der Löschung der Beschwerdeführerin als Gesellschafterin und Geschäftsführerin im Handelsregister am 26. Mai 2015 (Urk. 7/19) ist rechtsprechungsgemäss vom Fehlen einer arbeitgeberähnlichen Stellung auszugehen (Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts vom C 110/03 vom 8. Juni 2004, E. 2.1-2.2), so dass diese Anspruchsvoraussetzung ab dem 1. Juni 2015 jedenfalls erfüllt war (vorstehend E. 5.2). Hinsichtlich des vorläufigen Verbleibs des Sitzes der Firma an der Privatadresse der Beschwerdeführerin hielt diese fest, dass es sich dabei einzig um die Mitbenützung des Briefkastens gehandelt habe (Urk. 16 S. 2). Mit Vertrag vom 22. Juni 2015 wurde jedoch vereinbart, dass die Firma die Räumlichkeiten nach zwölf Monaten verlassen müsse (vgl. Urk. 17/1), was gegen eine Nutzung lediglich des Briefkastens spricht. Dennoch ist aufgrund des Verkaufs sämtlicher Stammanteile und der Löschung des entsprechenden Handelsregister eintrags der Beschwerdeführerin am 26. Mai 2015 und des Umstands, dass der Sitz der Firma nun verlegt wurde (vgl. Urk. 17/2 S. 2 Ziff. II) mit überwiegender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin keinen Einfluss auf die Geschäfte der Y.____ GmbH mehr hat. 6.2

Was die Festlegung des massgeblichen Bemessungszeitraums für den versicherten Verdienst angeht, so ist der über zwölf Monate ermittelte Durchschnittslohn unbestrittenermassen höher als der über einen Zeitraum von sechs Monaten ermittelte Durchschnittslohn. Damit gelangen die Bestimmungen von Art. 37 Abs. 2 und Abs. 3 AVIV zur Anwendung, wonach der Bemessungszeitraum unabhängig vom Zeitpunkt der Anmeldung zum Taggeldbezug am Tag vor dem Eintritt eines anrechenbaren Verdienstaustausfalls beginnt (vorstehend E. 5.3).

Vorliegend kündigte der Geschäftsführer der GmbH das Arbeitsverhältnis der Beschwerdeführerin am 30. Dezember 2014 per 31. Dezember 2014 (Urk. 3/8 = Urk. 7/4) und damit während der Dauer der ärztlichen attestierten (Urk. 3/1-2, Urk. 7/5-8, Urk. 7/23), in einer Arbeitsunfähigkeit von 100 % resultierenden Krankheit der Beschwerdeführerin. Im Zeitpunkt der Kündigung war die Sperrfrist von 90 Tagen gemäss Art. 336c Abs. 1 lit. b OR abgelaufen, weshalb von einer gültigen Kündigung auszugehen ist. Unter Berücksichtigung der im Arbeitsvertrag vereinbarten dreimonatigen ordentlichen Kündigungsfrist wurde das Arbeitsverhältnis daher per 31. März 2015 aufgelöst. Die Formulierung, wonach die Dienste der Beschwerdeführerin nach dem 31. Dezember 2014 nicht mehr beansprucht würden, ist demgemäss als sofortige Freistellung im Sinne von § 11 des Arbeitsvertrags (Urk. 7/3), und - mangels Vorliegens eines entsprechenden Grundes - nicht als fristlose Kündigung zu verstehen. In Übereinstimmung mit den Angaben in den Arbeitgeberbescheinigungen (Urk. 7/11 = Urk. 7/30) bestand das Arbeitsverhältnis somit bis Ende März 2015.

Vom 1. März und mit 31. Mai 2015 bezog die Beschwerdeführerin eine ärztlich empfohlene Auszeit zur vollständigen Genesung, für deren Dauer keine Arbeitsunfähigkeit attestiert wurde (Urk. 3/7 = Urk. 7/22 = Urk. 7/33). In dieser Zeit verzichtete sie auf eine Lohnzahlung und bezog unbestrittenermassen keinen Lohn. Damit lag im Monat März 2015 ein anrechenbarer Verdienstaustausfall vor. Bei allfälligen Zweifeln über Ansprüche aus dem Arbeitsvertrag wäre nach Art. 29 AVIG vorzugehen (vorstehend E. 5.3). Soweit die Beschwerdegegnerin geltend machte, dass der Verdienstaustausfall von der Beschwerdeführerin selber herbeigeführt und daher nicht zu berücksichtigen sei, und dass

sie zu diesem Zeitpunkt zudem noch in arbeitgeberähnlicher Stellung gestanden habe, so wäre ein Verschulden für den Beginn der Anspruchsberechtigung, nicht aber bei der Festlegung des Bemessungszeitraums von Bedeutung.

Aktenkundig war die Beschwerdeführerin im Zeitraum vom 25. August 2014 bis zum 28. Februar 2015 wegen Krankheit zu 100 % arbeitsunfähig (Urk. 3/1-2, Urk. 7/5-8, Urk. 7/10-13, Urk. 7/23) und bezog ein Krankentaggeld (Urk. 3/3-3/6, Urk. 3/18). Bei Krankheit handelt es sich um eine den Beitragszeiten gleich gesetzte Zeit gemäss Art. 13 Abs. 2 lit. c AVIG. Die Parteien gehen daher zu treffend davon aus, dass dieser Zeitraum zum Bemessungszeitraum hinzuzu zählen ist.

Der Bemessungszeitraum für den versicherten Verdienst beschlägt somit den Zeitraum vom 1. März 2014 bis 28. Februar 2015. 6.3

Betreffend die Höhe des versicherten Verdienstes besteht unter den Parteien Einigkeit darüber, dass grundsätzlich vom mittels Kontoauszügen belegten tatsächlichen Lohnfluss auszugehen ist (vorstehend E. 5.1 und 5.5; Urk. 2 S. 3 f. E. 3-4).

Die Beschwerdeführerin machte geltend, dass folgende Gutschriften Lohn darstellten (Urk. 3/12 = Urk. 7/35, Urk. 3/13): Buchungsdatum Betrag 27.3.14 Fr. 6'500.-- 28.3.14 Fr. 1'000.-- 25.4.14 Fr. 6'500.-- 29.4.14 Fr. 1'000.-- 27.5.14 Fr. 6'500.-- 28.5.14 Fr. 800.-- 28.5.14 Fr. 1'000.-- 27.6.14 Fr. 6'500.-- 27.6.14 Fr. 800.-- 27.6.14 Fr. 1'000.-- 10.10.14 Fr. 14'280.53 Total Fr. 45'880.53

Unter den Parteien ist unbestritten, dass die monatlichen Überweisungen von Fr. 6'500.-- sowie der im Oktober 2014 als Lohn für die Monate Juli und August 2014 überwiesene Betrag in der Höhe von insgesamt Fr. 14'280.53 Lohn darstellten. Dieser Zahlungsfluss ist mittels Bankbelegen nachgewiesen (Urk. 1 S. 6, Urk. 2 S. 4, Urk. 3/13-14, Urk. 10 S. 4 Ziff. 5, Urk. 6 S. 2), und es erscheint überzeugend, dass es sich dabei um Lohn handelte. 6.4

Die zusätzlichen Zahlungen von Fr. 800.-- und Fr. 1'000.-- erfolgten regelmässig und stellen normalerweise erzielten Verdienst dar. Sämtliche Überweisungen erfolgten im Auftrag der Y.____ GmbH und sind in der behaupteten Höhe aufgrund der Kontoauszüge belegt (Urk. 3/13-14). Angesichts der vorrangigen Bedeutung des Nachweises eines tatsächlichen Lohnflusses vermögen die teilweise widersprüchlichen Angaben der Beschwerdeführerin daran nichts zu ändern. Selbst unter Berücksichtigung der zusätzlichen Zahlungen liegt der Gesamtlohn noch immer im Rahmen des arbeitsvertraglich festgelegten, der in der Arbeitgeberbescheinigung deklarierten (Urk. 7/11 = Urk. 7/30) und der gegenüber der Ausgleichskasse abgerechneten Lohnsumme (2014: Fr. 68'624.40; Urk. 7/50), was zumindest ein Indiz dafür ist, dass es sich um Lohnbestandteile handelt (vorstehend E. 5.5). Aufgrund der weiten Umschreibung des Begriffs des versicherten Verdienstes ist auch unerheblich, ob es sich bei den zusätzlichen Zahlungen um Zulagen handelte.

Zu den Überweisungen von Fr. 800.-- hielt die Beschwerdeführerin insbesondere fest, dass diese aus einer Lohnerhöhung resultierten und der Einfachheit halber separat überwiesen worden seien (Urk. 7/69). Dem Screenshot des Kontos der Y.____ GmbH ist zu entnehmen, dass für das Jahr 2013 ein Ausgleich in der Höhe von insgesamt Fr. 6'000.-- erfolgte, aufgeteilt in 5 x Fr. 880.-- und 2 x Fr. 800.-- (Urk. 3/15 = Urk. 7/70). Wie die Beschwerdeführerin zutreffend festhielt, sind die Beträge im vorliegenden

Bemessungszeitraum nicht zu berücksichtigen, soweit sie als Lohn für das Jahr 2013 ausbezahlt wurden (Urk. 2 S. 4 Mitte). Aus dem Kontoauszug per 31. Dezember 2013 (Urk. 3/14 = Urk. 7/51) geht hervor, dass fünf Überweisungen in der Höhe Fr. 880.-- am 29.8.13, am 27.9.13, am 29.10.13, am 29.11.13 und am 27.12.13, und zwei weitere Überweisungen von Fr. 800.-- am 28.3.14 und am 28.4.14 erfolgten (Urk. 3/12). Darüber hinaus wurden am 28.5.14 und am 27.6.14 weitere Überweisungen von je Fr. 800.-- geleistet. Mit der Beschwerdeführerin ist davon auszugehen, dass diese Beträge demnach nicht mehr den Lohnausgleich für das Jahr 2013 betrafen, und damit als weiterhin ausgerichtete Lohnerhöhung im vorliegenden Bemessungszeitraum zu berücksichtigen sind.

Betreffend die im Jahr 2014 monatlich regelmässig überwiesenen Beträge von Fr. 1'000.-- (Urk. 3/13) ist entgegen der Auffassung der Beschwerdegegnerin unerheblich, dass die Y.____ GmbH diese auf ein anderes Konto überwies. Im Übrigen handelt es sich dabei um das gleiche Konto, auf welches der unbestrittenermassen Lohn darstellende Betrag von Fr. 14'280.53 überwiesen wurde. 6.5

Zusammenfassend ist damit für den Zeitraum vom 1. März 2014 bis zum Eintritt der Arbeitsunfähigkeit der Beschwerdeführerin am 25. August 2014 vom beschwerdeweise geltend gemachten versicherten Verdienst in der Höhe von netto Fr. 45'880.53 beziehungsweise von monatlich gerundet Fr. 7'884.35 (Fr. 45'880.53 : 177 Tage x 365 : 12 Monate) auszugehen. Unter Berücksichtigung der AHV/IV/EO-Beiträge von 5.15 %, des FAK-Beitrages von 0.6 %, des ALV-Beitrages von 1.1 %, des BVG-Beitrages von 1.6 %, des Krankentaggeld-Beitrages von 0.6 % sowie des UVG-Beitrages von 0.7 % gemäss Angaben der Beschwerdeführerin in den Lohnabrechnungen (Urk. 7/60; Total Beiträge von 9.75 %) sowie der Abrechnung der Ausgleichskasse (Urk. 7/50) ergibt sich der versicherte Brutto-Verdienst von gerundet Fr. 8'736.15. 6.6

Als Beitragszeiten angerechnet werden gemäss Art. 13 Abs. 2 lit. c AVIG auch Zeiten, in denen der Versicherte zwar in einem Arbeitsverhältnis steht, aber wegen Krankheit keinen Lohn erhält und daher keine Beiträge bezahlt. Dieser Anrechnungstatbestand kommt unter anderem dann in Betracht, wenn an Stelle der Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers Taggelder der Krankenversicherung fließen. Er hat Koordinationsfunktion, weil Taggeldleistung dieses Sozialversicherungszweigs nicht beitragspflichtig ist (Nussbaumer, a.a.O., S. 2244 Rz 222). Für Zeiten, die nach Art. 13 Abs. 2 lit. b-d AVIG als Beitragszeiten angerechnet werden, ist derjenige Lohn massgebend, den der Versicherte normalerweise erzielt hätte (Art. 39 AVIG).

Damit ist vorliegend für die Dauer der Arbeitsunfähigkeit von 100 % wegen Krankheit vom 25. August 2014 bis zum 28. Februar 2015, in welcher Zeit die Beschwerdeführerin Krankentaggelder bezog, auf den normalerweise versicherten Verdienst gemäss vorstehender E. 6.5 abzustellen. 7.

Zusammenfassend erweist sich die Beschwerde insofern als begründet, als sie sich gegen die Festsetzung der Höhe des versicherten Verdienstes richtet und ist teilweise gutzuheissen, verbunden mit der Feststellung, dass der versicherte Verdienst der Beschwerdeführerin ab 1. Juni 2015 gerundet Fr. 8'736.15 beträgt. Im übrigen Umfang - soweit sich die Beschwerde gegen die Teilrechtskraft der Verfügung vom 31. Juli 2015 in Bezug auf die Verneinung der Anspruchsbeurteilung vom 22. bis 31. Mai 2015 richtet - ist auf die Beschwerde nicht einzutreten. 8.

E. 2

Dagegen erhob die Versicherte am 6. November 2015 Beschwerde und beantragte die Aufhebung des angefochtenen Einspracheentscheides und die Ausrichtung von Arbeitslosenentschädigung ab 22. Mai 2015 bei einem versicherten Verdienst von Fr. 8'877.25 (Urk. 1). Mit Beschwerdeantwort vom 16. Dezember 2015 beantragte die Beschwerdegegnerin die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei (Urk. 6). Mit Republik vom 12. Januar 2016 (Urk. 10) hielt die Beschwerdeführerin an den gestellten Anträgen fest, und mit Eingabe vom 4. Februar 2016 (Urk. 12) verzichtete die Beschwerdegegnerin auf die Erstattung einer Duplik. Dies wurde der Beschwerdeführerin am 8. Februar 2016 zur Kenntnis gebracht (Urk. 13). Mit Gerichtsverfügung vom 17. Juni 2016 wurde die Beschwerdeführerin aufgefordert, sich zur Frage ihrer arbeitgeberähnlichen Stellung zu äussern und weitere Unterlagen einzureichen (Urk. 14). Dem kam sie mit Eingabe vom 16. August 2016 nach (Urk. 16; Urk. 17/1-3). Die Beschwerdegegnerin verzichtete auf eine Stellungnahme dazu (Urk. 19), was der Beschwerdeführerin am 9. September 2016 mitgeteilt wurde (Urk. 20). Das Gericht zieht in Erwägung: 1.

E. 2.1

Die Beschwerdegegnerin hielt im angefochtenen Einspracheentscheid (Urk. 2) und in der Beschwerdeantwort (Urk. 6) fest, dass die Verfügung in Bezug auf die Verneinung des Anspruchs auf Arbeitslosenentschädigung vom 22. bis 31. Mai 2015 unangefochten in Rechtskraft erwachsen sei, weshalb diesbezüglich auf die Beschwerde nicht einzutreten sei. Die Beschwerdeführerin habe in ihrer Einsprache ausnahmslos Ausführungen zum Lohnfluss gemacht, keinen diesbezüglichen Antrag gestellt oder Bezug auf ihre „Auszeit“ genommen.

E. 2.2

Die Beschwerdeführerin machte demgegenüber geltend, sie habe mit ihrer Einsprache unmissverständlich bekundet, dass sie mit der Verfügung, in welcher der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ab dem 22. Mai 2015 und ab dem 1. Juni 2015 verneint worden sei, nicht einverstanden sei. Bei der Anmeldung vom 22. Mai 2015 habe sie ihre Bereitschaft zum Stellenantritt ab dem gleichen Datum erklärt, und es bestünden keine Anhaltspunkte dafür, dass sie - entgegen ihrer Bekundung - nicht zum Stellenantritt willig, fähig und bereit gewesen wäre, weshalb der Leistungsanspruch ab dem 22. Mai 2015 ausgewiesen sei (Urk. 1 S. 4 f. Ziff. 9). Daran ändere auch die kurze Erkrankung nach diesem Zeitpunkt nichts, und wäre der Umfang der Einsprache unklar gewesen, so wäre die Beschwerdegegnerin verpflichtet gewesen, sie darauf aufmerksam zu machen (Urk. 10 S. 2 f. Ziff. 2).

E. 2.3

Strittig und zu prüfen ist die Teilrechtskraft der Verfügung vom 31. Juli 2015 in Bezug auf die Verneinung der Anspruchsberechtigung vom 22. bis 31. Mai 2015 gemäss Dispositiv-Ziffer 1.

E. 3.1

Die angefochtene Verfügung (Urk. 7/48) teilt den materiellen Entscheid in zwei klar bezeichnete Dispositivziffern auf. Dispositiv Ziffer 1 hält die fehlende Anspruchsberechtigung für die Zeit vom 22. bis 31. Mai 2015 fest. In den Erwägungen wurde dies mit der fehlenden Vermittelbarkeit während der Dauer der ärztlich bestätigten

Auszeit vom 1. März bis 31. Mai 2015 (Urk. 3/7 = Urk. 7/22 = Urk. 7/33) begründet.

E. 3.2

Die zunächst unvertretene Beschwerdeführerin bestritt in ihrer Einsprache (Urk. 7/49) ausschliesslich die Lohnhöhe in den Jahren 2013 bis 2015. Die Monate März, April und Mai betreffend führte sie lediglich aus, dass sie eine Auszeit gemäss Arztbrief genommen und keinen Lohn bezogen habe. Die danach beigezogene Rechtsschutzversicherung verzichtete trotz eingeräumter Nachfrist auf eine Ergänzung der Einsprache (Urk. 7/62-64, Urk. 7/67). Auch die weitere Korrespondenz zwischen Beschwerdegegnerin und der Rechtsschutzversicherung betraf ausschliesslich die Lohnhöhe (Urk. 7/68 - 70).

E. 3.3

Die klare Trennung der strittigen Fragen in der angefochtenen Verfügung in zwei Dispositivziffern einerseits sowie die nachfolgende Begrenzung der Einsprache auf Ausführungen und Anträge zur Frage der Höhe des versicherten Verdienstes im Zusammenhang mit der Anspruchsberechtigung ab 1. Juni 2015 andererseits zeigen, dass die Einsprache die Frage der Vermittelbarkeit im Zusammenhang mit der Anspruchsberechtigung vom 22. bis zum 31. Mai 2015 gerade nicht umfasste.

Weiter lieferten weder Parteivorbringen noch andere sich aus den Akten ergebende Anhaltspunkte einen hinreichenden Anlass dafür, die Vermittelbarkeit vom 22. bis 31. Mai 2015 zu prüfen. Die Beschwerdegegnerin stellte hauptsächlich auf die ärztlich bestätigte Auszeit bis Ende Mai ab und schloss daraus auf die fehlende Vermittelbarkeit der Beschwerdeführerin. Aktenkundig ist zudem ein Arztzeugnis, welches eine Arbeitsunfähigkeit von 100 % für die Dauer vom 27. bis 29. Mai 2015 attestiert (Urk. 7/24). Zwar erfolgte die Anmeldung der Beschwerdeführerin per 22. Mai 2015 und stellte sie sich gemäss Bestätigung ab diesem Zeitpunkt für die Arbeitssuche zur Verfügung. Einen Antrag auf die Ausrichtung von Arbeitslosenentschädigung stellte sie sogar bereits ab 1. April 2015 (Urk. 7/2). Dies allein genügt aber nicht, um die Prüfung der von der Beschwerdeführerin im Einspracheverfahren nicht mehr aufgeworfenen Rechtsfrage der Vermittelbarkeit zu veranlassen. Was die geltend gemachten Arbeitsbemühungen im Monat Mai angeht (Urk. 10 S. 2 Ziff. 2), so findet sich auf dem erst beschwerdeweise eingereichten Formular „Nachweis der persönlichen Arbeitsbemühungen“ für den Monat Mai 2015 (Urk. 3/11) weder ein Eingangdatum noch ein Rückgabedatum noch eine Unterschrift der versicherten Person, weshalb darauf nicht abzustellen ist.

E. 3.4

Zusammenfassend war der Umfang der Einsprache gerade nicht unklar, weshalb entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin (Urk. 10 S. 3 Ziff. 2) diesbezüglich auch kein Anlass zur Nachfrage bestand.

In Übereinstimmung mit der Beschwerdegegnerin ist davon auszugehen, dass die angefochtene Verfügung in diesem Punkt in Rechtskraft erwachsen ist. Damit hat die Beschwerdegegnerin zu Recht über diesen Punkt nicht entschieden, weshalb dies bezüglich auf die Beschwerde nicht einzutreten ist.

E. 4.1

Strittig und zu prüfen ist weiter die Höhe des für die Anspruchsberechtigung ab 1. Juni 2015 massgebenden versicherten Verdienstes.

E. 4.2

Die Beschwerdegegnerin führte dazu aus, dass aufgrund der arbeitgeberähnlichen Stellung der Beschwerdeführerin bei der Y.____ GmbH der tatsächlich erfolgte Lohnfluss massgebend sei. Vorliegend ergebe sich aus den Bankbewegungen, dass im massgebenden zwölfmonatigen Bemessungszeitraum vom 1. April 2014 bis 31. März 2015 tatsächliche Lohnzahlungen in der Höhe von Fr. 33'780.53 netto geflossen seien, was einer Brutto-Lohnsumme von Fr. 37'430.-- entspreche. Daraus berechne sich ein versicherter Verdienst von gerundet Fr. 3'119.-- ab 1. Juni 2015, sofern auch die weiteren Anspruchsvoraussetzungen gemäss Art. 8 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIG) erfüllt seien (Urk. 2, Urk. 8).

E. 4.3

Die Beschwerdeführerin vertrat die Auffassung, dass sich im massgebenden Bemessungszeitraum vom 1. März 2014 bis 28. Februar 2015 ein aufgrund von Lohnkonto-Auszügen beweiskräftig belegter durchschnittlicher Netto-Monatslohn von Fr. 7'884.35 ergebe. Daraus errechne sich ein Brutto-Monatslohn beziehungsweise ein versicherter Verdienst von Fr. 8'877.25 (Urk. 1 S. 5 ff. Ziff. 10, Urk. 10 S. 3 ff. Ziff. 3-6).

E. 5.1

Eine der gesetzlichen Voraussetzungen für den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung besteht darin, dass die versicherte Person die Beitragszeit erfüllt hat (Art. 8 Abs. 1 lit. e AVIG). Die Beitragszeit hat erfüllt, wer innerhalb der Rahmenfrist nach Art. 9 Abs. 3 AVIG während mindestens zwölf Monaten eine bei tragspflichtige Beschäftigung ausgeübt hat (Art. 13 Abs. 1 AVIG). Die Rahmenfrist für die Beitragszeit beginnt zwei Jahre vor dem Tag, an welchem die versicherte Person sämtliche Anspruchsvoraussetzungen erfüllt (Art. 9 Abs. 3 in Verbindung mit Abs. 2 AVIG).

Voraussetzung für den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung unter dem Gesichtspunkt der erfüllten Beitragszeit nach Art.

E. 5.2

Gemäss Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG haben Personen, die in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter, als finanziell am Betrieb Beteiligte oder als Mitglieder eines obersten betrieblichen Entscheidungsgremiums die Entscheidungen des Arbeitgebers bestimmen oder massgeblich beeinflussen können, sowie ihre mitarbeitenden Ehegatten keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung. Hinsichtlich des Anspruchs auf Arbeitslosenentschädigung findet sich zwar in Art. 8 ff. AVIG keine Regelung, die dieser Norm zur Kurzarbeit entsprechen würde. Nach der Rechtsprechung gilt diese Regelung jedoch grundsätzlich auch für den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung (BGE 123 V 234 E. 7b/bb).

Damit eine versicherte Person in arbeitgeberähnlicher Stellung oder deren mitarbeitender Ehegatte Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung hat, muss sie mit dem Ausscheiden aus dem Betrieb definitiv auch die arbeitgeberähnliche Stellung verlieren. Behält sie nach der Entlassung ihre arbeitgeberähnliche Stellung im Betrieb bei und kann sie dadurch die Entscheidungen des Arbeitgebers weiterhin bestimmen oder massgeblich beeinflussen, verfügt sie nach wie vor über die unternehmerische Dispositionsfreiheit, den Betrieb jederzeit zu reaktivieren und sich bei Bedarf erneut als Arbeitnehmer einzustellen. Ein

solches Vorgehen läuft auf eine rechtsmissbräuchliche Umgehung der Regelung des Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG hinaus, welche ihrem Sinn nach der Missbrauchsverhütung dient und in diesem Rahmen insbesondere dem Umstand Rechnung tragen will, dass der Arbeitsausfall von arbeitgeberähnlichen Personen praktisch unkontrollierbar ist, weil sie ihn aufgrund ihrer Stellung bestimmen oder massgeblich beeinflussen können. Diese Rechtsprechung will nicht bloss dem ausgewiesenen Missbrauch an sich begegnen, sondern bereits dem Risiko eines solchen, welches der Ausrichtung von Arbeitslosenentschädigung an arbeitgeberähnliche Personen inhärent ist (Urteile des Bundesgerichts C 255/05 vom 25. Januar 2006 und C

92/02 vom 14. April 2003; vgl. Barbara Kupfer Bucher, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung, 4. Auflage, Zürich/ Basel/Genf 2013, S. 15 ff. mit Hinweisen zur Rechtsprechung).

E. 5.3

Nach Art. 23 Abs. 1 AVIG gilt als versicherter Verdienst der im Sinne der AHV-Gesetzgebung massgebende Lohn, der während eines Bemessungszeitraums aus einem oder mehreren Arbeitsverhältnissen normalerweise erzielt wurde. Massgeblich für die Ermittlung des versicherten Verdienstes sind die tatsächlichen Lohnbezüge, nicht die arbeitsvertraglich festgelegten Löhne. Provisionen, die für die im massgeblichen Bemessungszeitraum ausgeübte Erwerbstätigkeit geschuldet sind, sind bei der Ermittlung des versicherten Verdienstes zu berücksichtigen. Zum Lohn gehören auch die vertraglich vereinbarten regelmässigen Zulagen, wie 13. Monatslohn, Treueprämien, Orts- und Teuerungszulagen und Gratifikation (Thomas Nussbaumer, Arbeitslosenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, SBVR, 2. Auflage, S. 2287 Rz 365).

Art. 37 der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIV) regelt den Bemessungszeitraum. Nach Abs. 1 bemisst sich der versicherte Verdienst nach dem Durchschnittslohn der letzten sechs Beitragsmonate (nach Art. 11 AVIV) vor Beginn der Rahmenfrist für den Leistungsbezug. Nach Abs. 2 bemisst er sich dann nach dem Durchschnittslohn der letzten zwölf Beitragsmonate vor Beginn der Rahmenfrist für den Leistungsbezug, wenn dieser Durchschnittslohn höher ist als derjenige nach Absatz 1. In diesem Fall beginnt der Bemessungszeitraum nach Abs. 3, unabhängig vom Zeitpunkt der Anmeldung zum Taggeldbezug, am Tag vor dem Eintritt eines anrechenbaren Verdienstaufschlags. Voraussetzung ist, dass vor diesem Tag mindestens zwölf Beitragsmonate innerhalb der Rahmenfrist für die Beitragszeit liegen (Nussbaumer, a.a.O., S. 2292 Rz 381).

E. 5.4

Ein anrechenbarer Arbeitsausfall liegt nach Art. 11 Abs. 1 AVIG vor, wenn er einen Verdienstaufschlag zur Folge hat und mindestens zwei aufeinander folgende volle Arbeitstage dauert. Nicht anrechenbar ist nach Abs. 3 dieser Bestimmung ein Arbeitsausfall, für den dem Arbeitslosen Lohnansprüche oder wegen vorzeitiger Auflösung des Arbeitsverhältnisses Entschädigungsansprüche zustehen. Bei diesen Sachverhalten ist der Arbeitsausfall nicht mit einem Verdienstaufschlag verbunden. Die Bestimmung hat - wie auch Art. 29 AVIG - Koordinationsfunktion im Verhältnis zum privatrechtlichen und öffentlichrechtlichen Arbeitsrecht und regelt die Nahtstelle beim Übergang zwischen dem Arbeitsverhältnis und der kontrollierten Arbeitslosigkeit. Diesem Zweck entsprechend kann

sie Sach verhalte innerhalb und ausserhalb eines Arbeitsverhältnisses erfassen, weil für die Beurteilung der Arbeitslosigkeit die faktische Betrachtungsweise Platz greift. Unter den Begriff der Entschädigungsansprüche bei vorzeitiger Auflösung des Arbeitsverhältnisses fallen Ansprüche gestützt auf Art. 337b und 337c Abs. 1 des Schweizerischen Obligationenrechts (OR), weil es sich hier um lohnmässige Entschädigungsansprüche im Sinne eines Schadenersatzes für entgangenen Lohn handelt. Anders verhält es sich mit den Entschädigungen nach Art. 336a und 337c Abs. 3 OR, weil sie nicht massgebenden Lohn darstellen. Die Ansprüche müssen ausgewiesen sein und bestehen, was nicht der Fall ist, wenn sie dem Versicherten entschädigt worden sind oder dieser rechtsgültig darauf verzichtet hat (Nussbaumer, a.a.O., S. 2230 f. Rz 173-175). Bestehen Zweifel über Lohnansprüche, die nur durch eine Abklärung in einem arbeitsgerichtlichen Verfahren geklärt werden können, liegt kein Fall von Art. 11 Abs. 3 AVIG vor. Allen falls ist dann ein Verfahren gemäss Art. 29 Abs. 1 und 2 AVIG durchzuführen (Kupfer, a.a.O., S. 38 f. zu Art. 11).

E. 5.5

Nach der Rechtsprechung ist die Ausübung einer an sich beitragspflichtigen Beschäftigung nur Beitragszeiten bildend, wenn und soweit hierfür effektiv ein Lohn ausbezahlt wird. Mit dem Erfordernis des Nachweises effektiver Lohnzahlung sollen und können Missbräuche im Sinne fiktiver Lohnvereinbarungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer verhindert werden. Als Beweis für den tatsächlichen Lohnfluss genügen Belege über entsprechende Zahlungen auf ein auf den Namen des Arbeitnehmers oder der Arbeitnehmerin lautendes Post- oder Bankkonto. Bei behaupteter Barauszahlung fallen Lohnquittungen und Auskünfte von ehemaligen Mitarbeitern (allenfalls in Form von Zeugenaussagen) in Betracht. Höchstens Indizien für tatsächliche Lohnzahlung bilden Arbeitgeberbescheinigungen, vom Arbeitnehmer oder der Arbeitnehmerin unterzeichnete Lohnabrechnungen und Steuererklärungen sowie Eintragungen im individuellen Konto (BGE 131 V 444 E.

E. 8

Abs. 1 lit. e in Verbindung mit Art.

E. 8.1

Das Verfahren ist kostenlos (Art. 61 lit. a ATSG).

E. 8.2

Nach § 34 Abs. 1 des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht (GSVGer) hat die obsiegende Beschwerde führende Person Anspruch auf Ersatz der Partei kosten. Diese werden ohne Rücksicht auf den Streitwert nach der Bedeutung der Streitsache, der Schwierigkeit des Prozesses und dem Mass des Obsiegens bemessen (§ 34 Abs. 3 GSVGer).

Mangels Honorarnote ist vorliegend die Prozessentschädigung unter Berücksichtigung des notwendigen Aufwandes und der Schwierigkeit des Prozesses auf Fr. 2'500.-- (inklusive Barauslagen und MWSt) festzu legen. Das Gericht erkennt: 1.

In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird der Einspracheentscheid der Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich vom 8. Oktober 2015 aufgehoben, und es wird festgestellt, dass der versicherte Verdienst der Beschwerdeführerin ab 1. Juni 2015 Fr. 8'736.15 beträgt. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen. 2.

Das Verfahren ist kostenlos. 3.

Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, der Beschwerdeführerin eine Prozessentschädigung von Fr. 2'500.-- (inkl. Barauslagen und MWSt) zu bezahlen. 4.

Zustellung gegen Empfangsschein an: - Rechtsanwalt Reto Zanotelli - Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich - seco - Direktion für Arbeit - Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA) 5.

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit der Zustellung beim Bundesgericht Beschwerde eingereicht werden (Art. 82 ff. in Verbindung mit Art. 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht, BGG). Die Frist steht während folgender Zeiten still: vom siebten Tag vor Ostern bis und mit dem siebten Tag nach Ostern, vom 15. Juli bis und mit 15. August sowie vom 18. Dezember bis und mit dem 2. Januar (Art. 46 BGG).

Die Beschwerdeschrift ist dem Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, zuzustellen.

Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu enthalten; der angefochtene Entscheid sowie die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind beizulegen, soweit die Partei sie in Händen hat (Art. 42 BGG). Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich Der Vorsitzende Die Gerichtsschreiberin Mosimann Grieder-Martens

E. 13

Abs. 1 AVIG ist grundsätzlich einzig die Ausübung einer beitragspflichtigen Beschäftigung während der geforderten Dauer von zwölf Beitragsmonaten. Diese Tätigkeit muss genügend überprüfbar sein. Dem Nachweis tatsächlicher Lohnzahlung kommt dabei nach dem Gesagten nicht der Sinn einer selbständigen Anspruchsvoraussetzung zu, wohl aber jener eines bedeutsamen und in kritischen Fällen unter Umständen ausschlaggebenden Indizes

für die Ausübung einer beitragspflichtigen Beschäftigung. Soweit eine solche Beschäftigung nachgewiesen, der exakte ausbezahlte Lohn jedoch unklar geblieben ist, hat eine Korrektur über den versicherten Verdienst zu erfolgen (Urteil des Bundesgerichts 8C_75/2013 vom 25. Juni 2013 E. 2.2 mit Hinweis auf BGE 131 V 444 E. 3.2.3).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.